

Ombretta Di Giovine*

*Prevedibilità dell'esito giudiziario in materia penale
e ruolo della Corte di cassazione*

1. È ancora il tempo di un uso (consapevolmente) alternativo del diritto penale?

In premessa, confesso di aver incontrato difficoltà, forse anche per ragioni anagrafiche, nel decodificare le coordinate teoriche del discorso sull'uso alternativo del diritto.

Chi, come me, non abbia vissuto gli anni Settanta, arriva quasi a sorprendersi dell'idea che si sia fatto un *consapevole* 'uso alternativo' del diritto. Oggi, forse ingenuamente, ritengo non sia più (in linea di massima) tanto il tempo di un intenzionale uso alternativo del diritto, quanto quello della mera, spesso inconsapevole, precomprensione dell'interprete.

Tale "precomprensione", fino a poco tempo fa, era 'allargata', perché si fondava su visioni, convinzioni, valori e concetti "spessi", condivisi da un insieme omogeneo di persone. In periodi di forti spinte ideali, iniettava di assiologia la trama (più o meno) porosa del tessuto legislativo ma lo faceva in modo abbastanza omogeneo, nel senso che contrapposizioni c'erano anche allora, ma si giocavano tra gruppi al loro interno ampi.

Oggi la 'precomprensione' parrebbe più individuale e – coerentemente con lo spirito dei tempi – liquida, fluida, destrutturata, intrisa di un pensiero che da debole è divenuto superficiale, individualistico, a volte, narcisistico.

Credo, allora, che continuare a parlare di 'supplenza giudiziaria' come di una 'scelta' possa apparire – con alcune, invero vistose, eccezioni – un fuor d'opera.

Finché vigerà il *non liquet*, si darà una cooperazione tra formanti, ed è affatto fisiologico che, in una società la cui evoluzione è sempre più veloce e in cui il formante legislativo, per le note ragioni strutturali (globalizzazione, forza trainante dei sistemi sovranazionali, plutocrazia, tecnocrazia ecc.), versa in difficoltà, la supplenza giurisprudenziale tenderà a rafforzarsi e ad espandersi.

Anzi, il problema vero, nel momento attuale, sembra essere che neppure più il formante giurisprudenziale riesce a star dietro ai continui mutamenti della realtà, tanto veloci da trascendere la nostra capacità di controllo. Invece, la velocità e il modo con cui tale formante evolverà potrebbero essere ancora per parte controllabili, ed è quindi su questi aspetti 'di bassa cucina' che mi soffermerò in questa sede.

* ombretta.digiovine@giustizia.it, Consigliere Corte di cassazione.

2. Uno sguardo dall'esterno: la (forse fasulla e comunque superata) contrapposizione tra concezioni analitiche e pragmatiche dell'interpretazione nel diritto penale. Giurisprudenza vs. legge?

Premetto che, dal momento che mi propongo di rilevare lo scarto esistente tra la formazione del diritto giurisprudenziale per come me la ero immaginato e per quale è davvero, le considerazioni che svolgerò saranno impastate di note autobiografiche.

Sono stata a lungo un'accademica e nei primi anni del nuovo secolo, mi cominciai ad occupare del tema dell'interpretazione del diritto penale sostanziale, ormai una ventina di anni orsono.

Quando mi avvicinai al tema, erano già state pronunciate dalla Corte costituzionale le sentenze gemelle del 2007 (Corte cost. nn. 348 e 349) le quali sancirono il ruolo di fonte costituzionale, sebbene mediata, della giurisprudenza convenzionale europea.

Tuttavia, investendo altro dominio conoscitivo, tali pronunce non si erano ancora affacciate alla ribalta del palcoscenico penalistico, sicché il sistema delle fonti sembrava *unilevel* e la scena era occupata dalla sola legge, oltretutto statale.

Ebbi quindi buon gioco nel prendere in prestito le lenti della filosofia linguistica della seconda metà del Novecento, che contrapponevano le concezioni pragmatico-ermeneutiche – comunque visioni di stampo costruttiviste –, a quelle analitiche.

Allora, negli scritti specialistici campeggiava la distinzione tra significato (*die Bedeutung*) e senso (*der Sinn*) delle parole: il primo riconducibile ad una visione corrispondentista (la parola come riflesso della realtà); il secondo legato ad una visione contestualista.

Le ragioni a sostegno della visione pragmatico-contestualista mi parvero da subito più convincenti: qualunque testo – dunque anche quello legislativo (la disposizione) – al di là di ogni sforzo di precisione linguistica, è di per sé vago ed ambiguo, e può essere disambiguato e specificato soltanto nel confronto con il fatto e quindi nel momento applicativo, dando luogo – nel diritto – alla norma, in senso crisefulliano¹.

Correlativamente, tale constatazione spiegava in modo piano perché la giurisprudenza – quand'anche lo avesse voluto – mai avrebbe potuto dismettere il ruolo di co-protagonista nella produzione del diritto.

Eppure, nonostante pragmatismo e, in particolare, contestualismo interpretativi, fossero già diffusi nelle altre branche del diritto, erano invece avversati nel diritto penale².

Autorevole e maggioritaria dottrina anteponeva al piano dell'essere quello del dover essere, rivendicando il primato della legge e difendendo le concezioni di-

1 O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006.

2 Con l'eccezione degli scritti di G. Fiandaca. *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Torino, 2002.

chiarative dell'interpretazione³, com'era comprensibile che fosse – in ragione delle peculiarità costituzionali della materia penale e della primazia fino ad allora indiscussa della riserva di legge – ma producendo un'artificiosa semplificazione del discorso, in quanto finiva con l'addossare tutte le croci ora a un legislatore pigro ed incompetente, ora a una giurisprudenza tiranna e prevaricatrice.

A dire il vero, non può escludersi che la polarizzazione all'interno della dottrina penalistica fosse più apparente che reale, come dimostrato dal fatto che le soluzioni dei singoli casi concreti erano, per larga parte, in sostanza condivise tra 'analitici' ed 'ermeneutici' e che, comunque, non sempre riflettevano gli assunti teorici di partenza⁴.

È cioè dubbio si sia mai dato, nel diritto tutto e in quello penale sostanziale in particolare, il rischio di una deriva scettica e nichilista. Né credo sarebbe mai potuto esistere un Richard Rorty, tantomeno un Deridda (e neppure un Nicolò Lipari) del diritto penale.

Tutt'al più, aleggiava un 'realismo negativo' alla Umberto Eco, essendosi teorizzato come il dato testuale legislativo rappresentasse il perimetro esterno, per quanto mutevole, comunque invalicabile, che cinge un'area di senso che spetta alla giurisprudenza definire, di volta in volta, attraverso operazioni mentali di natura per forza di cose analogica.

Fatto sta che, ancora meno di dieci anni fa, del tema dell'interpretazione la dottrina penalistica discorreva in modo piuttosto vivace. Poi, vi è calato il silenzio.

3 (segue). L'avvento del costituzionalismo europeo e il sedarsi delle dispute penalistiche in tema di interpretazione

La ragione del cambiamento risiede probabilmente nell'avvento del "secondo costituzionalismo", di matrice europea.

L'attenzione ai meccanismi di formazione del diritto giurisprudenziale prima in sede CEDU, poi in sede GUCE, e lo studio del ruolo che tale diritto ha sul piano interno (e viceversa) hanno veicolato l'idea (consapevole? rassegnata?) che la giurisprudenza – anche interna – svolga un fondamentale ruolo costitutivo nel diritto⁵.

Anzi, a dirla tutta, dopo il 'caso Scoppola'⁶, in una prospettiva diametralmente opposta a quella fino ad allora dominante, si stava cadendo addirittura

3 Per tutti, G. Marinucci, "L'analogia e la 'punibilità svincolata dalla conformità a fatti-specie penale'", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1254 ss.

4 F. Giunta, G. Carcaterra, O. Di Giovine, N. Mazzacuva, V. Velluzzi, "Tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza (opinioni a confronto)", in *Criminalia*, 2010, 347 ss.

5 Dal che, il nuovo corso della dottrina penalistica. Vd. D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2019.

6 Corte EDU Grande Camera *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009 risolse un caso di successione di leggi penali processuali nel tempo, relativo alla pena prevista per il caso in cui l'imputato avesse optato per il giudizio abbreviato, ravvisando un contrasto con l'art. 7

nell'equivoco concettuale di assimilare le sentenze delle Corti sovranazionali a fonti formali del diritto, che nel sistema gerarchico kelseniano precedessero addirittura la legge italiana, in quanto dotate di rilievo (sebbene mediato dall'art. 117 Cost.) costituzionale. Con tutte le paradossali conseguenze che ne sarebbero derivate – e che per un periodo di tempo effettivamente derivarono – sul piano del sindacato diffuso di costituzionalità, posto che alcuni giudici ordinari si ritennero legittimati a disapplicare la normativa nazionale quando ritenevano fosse in contrasto con quello che oltretutto arbitrariamente ergevano a 'precedente' europeo (senza considerare che la giurisprudenza europea ha potuto vantare una certa stabilità finché il contenzioso è stato molto contenuto, ma che, con l'espandersi della domanda di giustizia e di diritti fondamentali, ha presto cominciato a soffrire problemi non dissimili da quelli della nostra giurisdizione⁷) e vuoi anche pronunciato in relazione ad un diverso ordinamento nazionale diverso da quello italiano.

Dopo, con il 'caso Taricco'⁸, la situazione si normalizzò.

I rapporti tra formanti (oltre che tra Corti costituzionali) si riequilibrarono; il ruolo della giurisprudenza sovranazionale – questa volta CGUE – fu ricollocato nella giusta cornice teorica; si chiarì che la giurisprudenza (di qualunque organo) non è fonte in senso formale ma contribuisce alla formazione del diritto in un senso sostanziale, e cioè attraverso il dialogo (tra Corti) e, più ancora, tra gli argomenti che queste Corti sono in grado di elaborare e spendere nel reciproco confronto; le parole 'forza persuasiva' e 'autorevolezza' tornarono a prendere il posto di 'autorità' e 'prevalenza' nella discussione sui precedenti. Nell'eterna quadriglia tra *logos* e *nomos*, il primo prese di nuovo il posto del secondo.

La giurisprudenza (europea) che pure, per un istante, era stata elevata sul podio formale del diritto, ne fu destituita e dovette accontentarsi del ruolo, che le compete anche in ambito penale, di (co-)fonte sostanziale ed indiretta.

Ma, come ricordato nel primo paragrafo, anche questo fu un riconoscimento non da poco, una conquista teorica che, fino a poco tempo prima, era stata, almeno a parole, fortemente avversata.

CEDU, là dove sanciva la retroattività della disciplina più favorevole tra tutte quelle in vigore dal momento del fatto a quello della condanna definitiva. Sulla scia di tale sentenza fu, tra l'altro, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, d.l. 24 novembre 2000, convertito con mod. dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4, con sentenza Corte cost. n. 213/2013. In argomento, per tutti, F. Viganò, E. Lemarque, "Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)", in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 31/03/2014.

7 Fu emblematica Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia del 4 marzo 2014, sul *ne bis in idem sostanziale*, il cui insegnamento venne di lì a poco 'puntualizzato' (o forse rinnegato) da Corte EDU, Grande Camera, A e B c. Norvegia, 15 novembre 2016.

8 CGUE, Grande Sezione, Taricco, 8 settembre 2015, che in sede di rinvio pregiudiziale ritenne inadeguata la disciplina italiana in tema di prescrizione e cui rispose, ventilando l'attivazione dei 'controlimiti'. ord. Corte Cost. n. 25/2017. Per tutti, A. Bernardi, C. Cupelli, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017.

Di tale conquista si avvantaggiò, 'per trascinamento', la giurisprudenza interna, la cui funzione costitutiva – almeno questa è l'impressione – cessò di essere così animosamente contestata.

4. Uno sguardo dall'interno: la pratica del diritto giurisprudenziale di legittimità

Qui comincia il mio 'sguardo dall'interno', perché, a questo punto, come accennato, smisi di studiare i meccanismi dell'interpretazione penal-sostanzialistica per cominciare a praticarla e, due anni orsono, divenni giudice di Cassazione (ex art. 106, comma 3, Cost.) dove ho subito maturato la percezione – con la sofferenza che ciò comporta sul piano dell'elaborazione psicologica – del tempo e delle energie disperse nello studio di qualcosa che, con il senno del poi, mi sembra affatto pacifico.

Il ruolo del formante giurisprudenziale non rappresenta uno *step* del discorso teorico in materia di formazione del diritto penale, come credevo: ne è – ne è sempre stato – il presupposto.

Non è un punto di arrivo, nemmeno intermedio: è il 'km 0', da cui partire.

Beninteso, nel diritto penale, quantomeno sostanziale, il testo legislativo resta indispensabile e imprescindibile, ma nella pratica giurisprudenziale (cioè, per quel che concerne la mia esperienza, nelle 'camere di consiglio'), la legge è oggetto di espressa considerazione soltanto se di conio recente. Diversamente, resta invisibile, coperta, a volte sepolta, sotto una coltre di 'precedenti'.

Ciò accade perché, in nove casi su dieci, il dato legislativo si rivela insufficiente a fronte della complessità dei casi, che si manifesta anche nelle materie a minore tecnicismo, e cioè in quelli che hartianamente definiamo, a volte con troppo ottimismo, 'casi facili' (che, a un certo punto, cessano di esser tali).

Ovviamente tali difficoltà nascono nel momento in cui il diritto è calato sulla vicenda specifica, che finisce quindi per delimitarlo e formarlo: poiché il caso concreto è sempre nuovo e diverso, esso contribuisce a plasmare il diritto e a far evolvere il diritto penale. Anzi, è il motore propulsivo dei cambiamenti perché, tra l'altro, assorbe e veicola nuove istanze sociali, inietta assiologia, insuffla l'anima nei giudizi penali.

Peraltro, incidentalmente, anche in Cassazione – che pure è giudice della nomoflachia il caso concreto e quindi il fatto ha un rilievo 'guida', sebbene (di rado) inconsapevole, (solitamente) non dichiarato o (più spesso) occultato, condizionando la decisione concreta e quindi la formazione del diritto. Senza che ciò abbia alcunché di anomalo, alla luce di quanto seppur per *flash* rilevato in precedenza, sui meccanismi di formazione del diritto.

Certo, il fatto il giudice di Cassazione se lo trova già bello e formato dal giudice di merito: dopo due gradi di giudizio, dissodato, disincarnato, ma non ancora tanto esangue quanto lo *short-crime* che forma il precetto della fattispecie penale. Diciamo: un po' anemico.

Sicché la possibilità che il giudice di legittimità selezioni inconsapevolmente, al suo interno, alcune note con preferenza su altre, a seconda della sua pre-com-

preensione, ancora sopravvive. E se una selezione indebita determina il rischio di inquinare lo svolgimento della argomentazione e quindi anche la conclusione, è però anche vero che – come sentii dire una volta all’allora mio collega Costantino Visconti (che parafrasò una metafora dal grande Sciascia) il diritto senza fatto è come un sacco vuoto: non si regge in piedi.

Comunque, riprendendo le fila del discorso, il diritto giurisprudenziale di legittimità è composto dalla legge (a volte, nei termini chiariti), dal fatto, dalla dottrina (poca, ma fondamentale nei casi ‘difficili’), dal ragionamento e da... precedenti.

Dal punto di vista quantitativo, la pratica giurisprudenziale del diritto è composta, anzi, in massima parte, da ragionamento e da precedenti.

Un precedente si sovrappone ad un altro: alcune volte, vi si adagia spontaneamente; altre volte, vi viene calcato sopra a costo di qualche *stress*. Ma va riconosciuto che nel collegio si ragiona in massima misura sulle sentenze e ‘si interpreta le sentenze’, più ancora della legge.

E, sebbene a questo punto sia inutile precisarlo, i precedenti di cui si parla sono quelli della Corte di cassazione.

La nomofilachia è il motore di un’autoreferenzialità impressionante (almeno agli occhi della neofita, quale ancora sono) e oramai eretta a sistema legislativo (vd. *infra*).

Dunque, se vogliamo tenere ancora artificialmente in vita la vecchia concezione dichiarativa dell’interpretazione, facciamolo pure: ma dobbiamo essere consapevoli che si tratta di una finzione.

Per dirla con Francesco Iacoviello (brillante pensatore che è stato Avvocato Generale dello Stato presso la Corte di cassazione), il giudice sarà pure la bocca della legge, ma [...] le parole le sceglie la Cassazione⁹.

Nel senso precisato, anche il diritto penale italiano (come quello europeo, ma, allo stato, meno scopertamente) è, quindi, per larga parte, diritto giurisprudenziale.

Le scelte di criminalizzazione sono ovviamente effettuate dal Legislatore, ma, all’interno della cornice legislativa, vengono per forza di cose specificate dalla giurisprudenza che crea ‘sotto-tipi’ i quali, per la loro maggiore vicinanza ai casi concreti, finiscono con l’esercitare una forza suggestiva, di orientamento, forse anche maggiore di quella della legge (come ben sanno gli avvocati che, quando impongono un ricorso, prestano grande attenzione alla selezione dei precedenti di legittimità in cui ‘sussumere’ la vicenda concreta).

Una volta che si accetti tale dato, e ribadito che il fenomeno non ha nulla di eversivo e molto di fisiologico, diviene però urgente avviare una riflessione sul modo in cui si sta formando il diritto giurisprudenziale nazionale e su quale direzione ci piacerebbe prendesse, perché tale processo è, – forse (non ne sono del tutto sicura) – con un po’ di impegno, ancora per parte indirizzabile.

Per ora, basti delineare due opzioni difficilmente conciliabili, con annesso dilemma.

9 F. Iacoviello, *La Cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 1034.

La prima opzione è lasciare le cose più o meno come sono, vale a dire rassegnarsi all'idea che un tasso di incertezza nel diritto sia tollerabile ed anzi accettare che sia destinato ad aumentare, in ragione della crescente complessità del reale, dei problemi da risolvere e del pluralismo ideologico e pertanto interpretativo.

È una soluzione dolorosa, perché incertezza giurisprudenziale significa disparità di trattamento, il che aggiunge altra odiosità a quella connaturata al sistema criminale. Ma il suo prezzo andrebbe attentamente soppesato con quello della seconda opzione, per la quale sembra esprimersi la sensibilità dominante.

Questa è la stabilizzazione 'a tutti i costi' del precedente giurisprudenziale.

Non soltanto si ritiene (ormai da tempo) che il principio di legalità penale sia ormai conformato non più dalla riserva di legge, bensì dalla prevedibilità dell'esito giudiziario, ma sembra quasi che questa stia prendendo il posto che la riserva di legge aveva fino a qualche tempo fa occupato anche nelle ossessioni dei giuristi. Con quali possibili esiti cercherò di immaginare.

5. La Corte di cassazione come luogo della 'massimofilachia'. La punta dell'iceberg ...

Prima, però, è opportuno precisare che, sebbene abbia finora parlato di precedenti e sentenze, non è un mistero che, già oggi, il precedente tende a identificarsi e quindi ad appiattirsi sulla massima di diritto, che è poi quella selezionata dal Massimario della Corte di cassazione e divulgata attraverso il CED.

Ebbene, vista la mole di contenzioso gestito dalla Corte di cassazione, il passaggio dalla pronuncia (che rende ragione della decisione, argomentando e quindi persuadendo) alla massima-di-pronto-uso è un fenomeno ineludibile, con il quale bisogna fare i conti.

Per parte, va pure riconosciuto che si tratta di un fenomeno auspicabile, ove la *quaestio iuris* sia scontata. Riportando la massima, i giudici fanno economia (non soltanto di energie, ma anche) di parole, contenendo il rischio di distorsioni interpretative, dal momento che ogni lemma e ogni sintagma di troppo possono offuscare la chiarezza del messaggio normativo e dare luogo a fraintendimenti.

Stabilizzando il precedente, le massime rappresentano, insomma, un utile strumento di governo della complessità giurisprudenziale, un arnese fondamentale per raggiungere il citato obiettivo della prevedibilità.

Per questa ragione, rappresentano una risorsa.

D'altronde, sono però anche note le controindicazioni ad un loro uso massiccio¹⁰.

La persuasione esercitata dal precedente impigrisce l'interprete.

A volte, lo acceca, rendendogli invisibile il mutamento del contesto, ad esempio (è il caso più semplice) legislativo che, in base ad un criterio di c.d. interpretazione sistematica, potrebbe suggerire risultati diversi da quelli conseguiti

10 Quantomeno a partire dalle riflessioni – evocative sin dal titolo –, di F. Carnelutti, "Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)", in *Riv. Dir. Proc.*, 1949, pp. 41 ss.

attraverso la mera ‘applicazione’ della massima, e così pregiudicare il buon esito della decisione (ma a mutare può ben essere anche il contesto sociologico, fattuale, assiologico, nell’adeguamento al quale il diritto giurisprudenziale accumulerebbe pericolosi ritardi).

Sicuramente, in genere, depaupera il discorso giuridico.

È infatti un rischio concreto, per parte invertevole, che nel percorso motivazionale del giudice le massime prendano il posto delle argomentazioni, riscontrandosi già oggi sentenze che si limitano a richiamare i precedenti conformi, ma prive di autonoma argomentazione: nonostante sia proprio quest’ultima a mitigare l’aspetto autoritario del diritto giurisprudenziale, consentendo la verifica postuma del percorso decisionale. Nella motivazione risiede l’*accountability* della pratica del diritto.

Peraltro, alla Cassazione è espressamente affidato dall’art. 606, lett e) cod. proc. pen. il delicatissimo compito di esercitare un controllo sulla mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione delle sentenze dei giudici di merito. Quindi, sarebbe almeno sgradevolmente contraddittorio se la Cassazione potesse limitarsi a spendere l’argomento *ex auctoritate*, venendo meno, essa stessa, al proprio obbligo motivazionale.

Prendendo in prestito e adattando la nota metafora dworkiniana, no, dunque, alla massima giocata come ‘briscola’, o anche come *jolly*.

Non è auspicabile una giurisprudenza formata in assoluta prevalenza da “sentenze-massime”, con l’eccezione di pochi *leading cases* suscettibili di orientare la successiva giurisprudenza, destinata ad essere massimata a sua volta, così acuendo lo scarto tra una “giurisprudenza di serie a” ed una “giurisprudenza di serie b”, già oggi alimentato dalla commistione tra il principio devolutivo e il dislivello tra le possibilità difensive degli imputati (la Corte di cassazione può decidere solo dei motivi ad essa devoluti con il ricorso, ma l’articolazione dei motivi ovviamente risente delle capacità tecniche dell’avvocato, per cui si danno cattivi imputati’ difesi da ‘bravi avvocati’ e ‘bravi imputati’ che tuttavia scontano le conseguenze di ‘cattive difese’), oltre che dal solco che si va scavando tra la giurisprudenza delle Sezioni semplici e quella delle Sezioni Unite (su cui, *infra*).

Non soltanto la *ratio decidendi* non dovrebbe mai lasciare il passo alla pura enunciazione del principio di diritto, senza alcuna contestualizzazione e senza alcuno sforzo, seppur contenuto, di giustificazione, ma occorrerebbe quantomeno definire in modo chiaro i criteri sulla cui base selezionare i precedenti da massimare (che riguardano prevalentemente questioni nuove e questioni rilevanti), se non studiare *format* per la redazione delle massime (dando sempre spazio ad una sintetica descrizione della vicenda concreta).

Ma, soprattutto, bisognerebbe mettere mano, dal punto di vista strutturale, procedimentale ed organizzativo, al Massimario della Cassazione, che oggi si avvale del lavoro di pochi “prodi” (ed oberati) magistrati, e che – per quanto suoni male – rappresenta una fenomenale ‘agenzia’ di selezione dei precedenti e quindi del ‘penalmente rilevante’: il luogo fisico forse più importante che gestisce e in cui si forma il diritto. Sul punto proficua sarebbe, ovviamente, una collaborazione con le svariate competenze che l’accademia è in grado di offrire.

6. ... e la giurisprudenza sommersa

Ma il punto di cui forse all'esterno meno si coglie la potenzialità distorsiva concerne la giurisprudenza sommersa, e cioè il quantitativo di sentenze che, a livello sezionale (le Sezioni si specializzano nelle proprie materie di competenza tabellare), costituiscono diritto vivente, ma che non sono massimate per le difficoltà in cui versa l'ufficio del Massimario o, paradossalmente, perché veicolano soluzioni 'considerate' pacifiche nella prassi giudiziale di cassazione.

Tali sentenze, a meno che 'transitino' su qualche rivista *online* di larga lettura, non essendo agevolmente conoscibili, di fatto nemmeno 'esistono', a meno che si abbia una frequentazione abituale delle aule giudiziarie.

A causa dei criteri eventualmente casuali o opinabili della selezione, le massime sono, insomma, una parte non necessariamente rappresentativa (in termini quantitativi e a volte anche qualitativi) della giurisprudenza.

Il che, ovviamente, è un problema in un sistema sempre più 'giurisprudenziale', a fronte della crescente complessità del sistema delle fonti, oltre che sociale.

Se le massime non rispecchiano il reale diritto vivente, si erge un edificio su basi destinate a cedere, e si fallisce l'obiettivo ultimo della prevedibilità dell'esito giudiziario.

Prima ancora, il fenomeno genera per gli avvocati, soprattutto di nuovo corso, difficoltà nell'indirizzare la difesa in direzioni convenienti all'imputato. Il sommerso giurisprudenziale crea infatti il presupposto di una concorrenza sleale tra magistratura ed avvocatura, in ogni caso in cui la stabilizzazione del precedente ci sia ... ma non si veda.

Non è d'altronde una novità che la prevedibilità dell'esito giudiziario passi anche per l'accessibilità del diritto giurisprudenziale.

7. Prevedibilità della decisione giudiziaria: dovere o potere?

Nel ripercorrere le fasi più recenti del discorso teorico sul ruolo della giurisprudenza ero giunta al punto in cui prevedibilità dell'esito giudiziario giurisprudenziale e calcolabilità del diritto, ai presenti fini traducibili nel lemma penalistico 'tassatività', avevano soppiantato il ruolo della riserva di legge, sconvolgendo la scala delle priorità tradizionali e sostituendo l'obiettivo (comunque, per varie ragioni non conseguibile) della difesa della democrazia rappresentativa (incarnato, appunto dalla riserva di legge) con quello della certezza (interpretato, invece dalla tassatività) e, quindi, dell'eguaglianza.

Si trattava, tuttavia, di considerazioni ancora una volta concernenti il piano descrittivo, dell'essere.

Oggi, come accennato, constato che si sta riproducendo, per la solita eterogeneità dei fini, la contrapposizione che aveva a suo tempo interessato le diverse accezioni della legalità, intesa da alcuni in senso *hard* (quasi che la legge potesse essere l'unico formante del diritto) e da altri in senso *soft* (la legge che concorre con altri formanti) oppure – si potrebbe azzardare – tra una prospettiva ontica e una prospettiva deontica.

I sostenitori del ruolo (morigeratamente, fattualmente) creativo della giurisprudenza si vantavano dei pregi della loro posizione e del fatto che essa implica una responsabilizzazione del giudice. Si diceva: se sotto l'egida della concezione dichiarativa, in caso di contrasto giurisprudenziale, soccorreva la 'scusa' che una sentenza fosse giusta e l'altra 'semplicemente' sbagliata¹¹ (con la concezione dichiarativa «si salva il principio» di diritto e «si nascondono le vittime»), assumendo, invece, il ruolo costitutivo – 'debole' – della giurisprudenza, non ci sarebbe spazio per ipocrisie, in quanto all'interprete si pone il problema – innanzitutto 'morale' – di assicurare omogeneità interpretativa.

Ebbene, da un po', tale problema è diventato anche giuridico, e non è chiaro se questo sia un bene. Prima di trattare tale punto, sia però consentita una piccola digressione.

8. Il problema delle priorità. La stabilizzazione del precedente giurisprudenziale e il ruolo delle Sezioni Unite ieri...

Nell'ottica della prevedibilità dell'esito giudiziario, è sempre stato prioritario il ruolo delle Sezioni Unite (che realizza una nomofilachia, potrebbe dirsi, di serie a), potenti risolutori di controversie, le cui sentenze esercitavano una forza persuasiva particolare in ragione dell'autorevolezza dei suoi esponenti e soprattutto della bontà sue argomentazioni.

In verità, nella mia precedente vita di studiosa, mi ero concentrata su pochi temi ed avevo maturato la fallace impressione che le Sezioni Unite intervenissero abbastanza di rado, là dove la questione fosse di rilevanza 'speciale' (non soltanto 'particolare') oppure si fosse per lungo tempo trascinato un contrasto giurisprudenziale, non altrimenti risolvibile.

Dal di dentro del sistema, mi sembra di constatare che, invece, le Sezioni Unite si pronuncino con una certa frequenza (tanto che ai giudici sono somministrati, a distanza temporale anche ravvicinata, 'prospetti SUP', e cioè *report*, resoconti aggiornati delle questioni decise e di quelle ancora da decidere, in forma molto sintetica – si compongono solo degli estremi disponibili e dell'enunciazione del quesito giuridico nonché della eventuale risposta – e ciò nondimeno lunghi molte pagine).

Esse a volte sono chiamate ad intervenire su questioni su cui ancora non si è tentata per le vie ordinarie una composizione e su cui non è, pertanto, maturata quella naturale conflittualità che però è latrice di argomenti e che porta alla ponderazione delle tesi contrapposte, alla riflessione, all'esplorazione orientata alle conseguenze (perché testata su più casi concreti, e non su pochi).

La conseguenza, poco desiderabile, è che le decisioni rischiano di affastellarsi e specificarsi reciprocamente operando *distinguishing* orizzontali per casi sempre più particolari, con l'effetto, però, di moltiplicare 'principi casistici di diritto' e il correlato rischio di ingenerare confusione, anziché dissolverla.

11 Ancora F.M. Iacoviello, *La Cassazione*, op. cit., p. 1033.

Così, premesso che esistono tanti possibili mondi giuridici alternativi, nel mio nuovo ruolo ho immediatamente constatato che quello che tocca la libertà degli imputati era già un mondo molto più 'tecnico-specializzato' di quanto ingenuamente pensassi guardandolo dall'osservatorio universitario.

Era il mondo di una giurisprudenza-ragno che tesseva una tela la cui trama interna tendeva gradualmente ad infittirsi, ma che un flusso potente di vento poteva ancora spezzare.

9. (segue) ... ed oggi. Le Sezioni Unite come la Sibilla cumana

Se questa era la situazione complessiva, qualche anno fa, il legislatore penale, sulla scia di quanto già sperimentato in materia civile (che però si colloca in quadro costituzionale diverso), ha rafforzato il ruolo delle Sezioni Unite, mettendolo 'a sistema', e cioè introducendo un apposito meccanismo normativo.

Come sappiamo, l'art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. dispone che: «se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso».

Nel volgere di poco tempo, si è, quindi, passati dalla negazione del potere creativo in capo alla giurisprudenza alla consacrazione per via legislativa di tale ruolo.

Con un tratto di penna, è stato consacrato per le sentenze (più qualificate) della Cassazione un ruolo semi-normativo in un senso oramai innegabilmente formale: un ruolo mediatamente legislativo, nel senso che il legislatore può sempre intervenire a correggere la norma, ma finché non interviene, essa è legittimamente creata dall'interpretazione delle Sezioni Unite, mentre quelle semplici (dunque, pure i giudici di merito) sono tenute ad osservarla, potendosene discostare soltanto là dove rimettano nuovamente la questione alle stesse Sezioni Unite nella speranza che la decidano in modo diverso.

Una cosa è confidare nella capacità persuasiva (degli argomenti) del precedente; ben diversa cosa è vincolare ai precedenti la decisione della causa.

A rigor di logica, un congegno così 'spietato' avrebbe dovuto ravvivare (questa volta, dal mio punto di vista, a ragione) le perplessità della dottrina sostanzial-penalistica più tradizionale, che tanto aveva insistito – come si è detto, fino a poco tempo fa – sul difetto di legittimazione democratica dei giudici e rivitalizzare le note discussioni sulle ragioni militanti alla base della divisione di poteri montesquieuiana.

Così, però, non mi sembra sia accaduto.

Tuttavia, mettendo da parte ogni considerazione teorica sulla necessità dei contrappunti ordinamentali (come più volte rilevato, comunque travolti dal congegno da tempo *multilevel* delle fonti), è proprio il piano, pratico, della tenuta del sistema a preoccupare nel medio periodo.

In una prospettiva realistica, infatti, potrebbero forse anche accettarsi, da parte di taluno, (ulteriori) perdite in tema di rappresentatività del decisore penale ove sia prospettabile un serio e duraturo guadagno per l'efficienza del sistema e la certezza del diritto. È però dubbio che ciò accada.

Infatti, sullo sfondo immaginario della riforma si staglia lo scenario irenico di un diritto giurisprudenziale ‘qualificato’, composto esclusivamente di sentenze di legittimità (come già era, e per di più) a Sezioni Unite che taumaturgicamente sciogliono nodi, appianano divergenze, razionalizzano sistemi e disegnano sottosistemi, sopprimendo distonie e orchestrando la soave armonia di un diritto tutto coerente e razionale.

Sarà davvero così?

Fermo restando che sei anni sono ancora pochi per un bilancio, è difficile che tali aspettative si realizzino.

Il presupposto perché il meccanismo funzioni è, infatti, che alle Sezioni Unite si faccia un ricorso parsimonioso: ciò che – come poc’anzi detto – mai è stato.

Ancor più, che si assicurino i tempi per quella riflessione e quell’approfondimento che la ponderazione di decisioni dalla valenza ormai consacrata come simil-normativa esige, evitando la spinta cogente di quell’‘urgenza’ cui è ormai assegnato valore di principio (la ragionevole durata dei processi). Eppure, essendo state le Sezioni Unite immaginate dal legislatore come una semplice leva da azionare per ottenere certezza del diritto, è naturale la tentazione di interrogarle quasi siano un oracolo.

Nessuna sorpresa, insomma, se, in linea con lo spirito della riforma (e dei tempi), le Sezioni Unite verranno sempre più compulsate da quelle semplici per evitare in anticipo la nascita di contrasti, piuttosto che soltanto dopo aver cercato, e fallito, un confronto articolato.

Se così fosse, non sarebbero però messe nelle condizioni di avvalersi di tutto il prezioso *humus* di argomenti derivanti non soltanto dalla bontà in sé delle tesi contrapposte, ma anche dal confronto con la pluralità dei casi con cui la disposizione legislativa ha avuto modo, nel tempo, di confrontarsi e che hanno forgiato la resistenza della soluzione, facendole da *test*.

Né andrebbe sottovalutato il fisiologico ritardo con cui le Sezioni Unite prendono atto dei mutamenti sociali (e tecnologici), i quali vengono ovviamente intercettati per primi dai giudici di merito ma la cui funzione propulsiva, fino a poco tempo fa, comunque, “normale” verrebbe oggi frenata dalla vincolatività del precedente delle Sezioni Unite, con ciò che ne consegue in termini di burocratizzazione del diritto, appiattito in una dimensione efficientistica funzionale alla sicurezza dei traffici e al soddisfacimento dell’imperante logica economicistica che ci ha ormai irreversibilmente pervaso.

Ove alle Sezioni Unite si ricorra troppo spesso, lo scenario in precedenza evocato sarebbe quindi sostituito da un mondo giuridico fatto di rapporti di forza e di inflazione decisionale, in cui la giurisprudenza di legittimità vincola i giudici di merito e si forma al suo interno ‘a colpi’ (differiti) di Sezioni Unite, senza – quel che è peggio – scongiurare il rischio che le decisioni da queste assunte si pongano in reciproco contrasto tanto quanto oggi lo sono quelle a Sezioni semplici (peraltro, l’avvicendamento dei componenti, oltre che il loro numero allargato, non sempre è garanzia di maggiore ‘confronto’, favorendo, anzi, ulteriormente, la casualità e quindi la precarietà decisionale, a fronte, invece, della tendenziale specializzazione delle Sezioni semplici).

Oppure (sarebbe sostituito) da un mondo nel quale, per evitare rimessioni alle Sezioni Unite ed evitare l'affastellamento di decisioni-legge sul medesimo tema – con ciò che ne deriva in termini di ‘tempi morti’, in un sistema preoccupato di rendere giustizia sempre più tempestivamente – si affileranno le armi del *distinguishing* e proporranno sotto-categorizzazioni anche là dove ne difettino i presupposti, in tal modo producendo però complessità, anziché semplificazione.

Tale rischio è rafforzato per il fatto che la Corte di cassazione non è certo una monade, dovendo per contro confrontarsi con altri organi di giustizia anche sovraordinati, quali la Corte costituzionale e le Corti europee, dei cui orientamenti – anch’essi, come ricordato, mutevoli – non può certo disinteressarsi.

A ciò si aggiunge la propensione a ritenere ‘vincolanti’ le sentenze delle Sezioni Unite anche precedenti alla data di entrata in vigore dell’art. 618, comma 1-*bis*, cod. pen. nonché la tendenza – non so fino a che punto utile e corretta, visto il già rilevato difetto di legittimazione dei giudici, seppure delle Corti superiori – ad intendere in senso stretto e letterale non soltanto il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite, bensì l’intera motivazione della sentenza: a concentrarsi, cioè, non tanto sulla *ratio decidendi* e quindi sugli argomenti giuridici, quanto, ancora una volta, sul testo della legge-sentenza. Ciò, anche quando – tutti i giudici, anche quelli delle Sezioni Unite sono fallibili – esse esondino quel perimetro all’inizio richiamato della norma che è il testo di legge, così sovra-interpretando il ruolo regolatore di tale organismo con effetti *erga omnes*, che esorbitano dalla decisione del caso concreto.

L’art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. ricorda, insomma, un po’ il dono di Apollo alla Sibilla cumana: non soltanto per il già rilevato ruolo di oracolo di cui ha insignito le Sezioni Unite, ma anche e soprattutto perché la Sibilla aveva voluto una vita infinita, dimenticandosi però di chiedere anche l’eterna giovinezza, con la sgradevole conseguenza che si condannò ad una esistenza lunga ma infelice.

Lungi dal veicolare stabilizzazione giurisprudenziale, non è escluso, quindi, che si riproponga una situazione di incertezza analoga a quella che già agita le Sezioni semplici, con la differenza, non secondaria, che ogni mutamento diverrebbe laborioso, a causa dell’inflessibile meccanismo ideato dal legislatore.

La tela del ragno, oltre che fitta, diverrebbe, allora, vischiosa e soprattutto inelastica, insensibile ai cambiamenti atmosferici. A rimanerci intrappolati potrebbero essere, per primi, gli stessi giudici di legittimità; poi, quel che più conta, i destinatari del ‘nuovo’ precetto penale giurisprudenziale.

10. Conclusione

Ecco, allora, compiutamente delineata l’alternativa che avevo abbozzato all’inizio.

Su un versante, era già collocata la ‘prevedibilità ad ogni costo’, la ‘prevedibilità purchessia’, che comporta però rischio di fissità, di insostenibilità sociale del diritto, di perdita della funzione regolativa della giurisprudenza già nel medio

periodo attraverso la creazione di un sistema artificiale, standardizzato e gerarchicamente orientato.

Sull'altro versante, c'è una prevedibilità tendenziale e mitigata, intesa come obiettivo non coercibile e meramente tendenziale, che fa il paio con la difesa di una maggiore flessibilità del discorso argomentativo, nei termini e nella cornice che ci è stata regalata dalla ricca riflessione teorica sviluppatasi, a diversi livelli, lo scorso secolo. Al centro di tale riflessione campeggiava il dubbio, che crea *impasse*, sacrifica posizioni concrete e lascia molte vittime sul suo cammino, ma che, in prospettiva, ha pure un'importante funzione euristica, di ricerca della "verità" e di miglioramento progressivo del sistema.

Per sdrammatizzare il dilemma (serio) legato alla scelta tra questi due corni, muoverò in conclusione da Frederick Schauer¹² una metafora irriverente, provando a svilupparla.

Osserva tale autore che, una volta che un giudice della Suprema Corte (immaginiamo le Sezioni Unite) abbia sancito che il tempo ideale di cottura di un uovo è di sei minuti, potrebbe darsi che gli altri giudici si attengano scrupolosamente a tale numero, assoggettandosi all'autorità della regola.

Questi giudici potrebbero invece rispettare la regola (non per la sua autorità, ma) per la sua autorevolezza, e cioè perché riconoscono che i 6 minuti rappresentano l'esito di un processo di esperimenti e prove che ha portato a presumere il carattere ottimale di questo tempo di cottura.

In tale seconda ipotesi, però, incontreranno difficoltà nell'assumere questa come una presunzione assoluta: e difficilmente resisteranno all'impulso di operare *distinzioni* in ragione della specificità dei casi, come quando, per esempio, sia estate e la temperatura esterna sfiori i 40°.

La preferenza di Schauer, noto sostenitore del 'giudicare per regole', va ovviamente alla prima ipotesi. Invece a noi tocca capire se ci piace di più che le uova siano cotte sempre in sei minuti (c.d. sovra-determinazione della regola), e pazienza se ce ne capitano di stracotte, o se vogliamo provare (è solo un tentativo!) a mangiarle finché sono digeribili e non hanno prodotto solfuro di ferro (sostanza moderatamente tossica) ... sapendo, però, che a qualcuno toccheranno crude.

La scelta è difficile e posso soltanto tornare, in conclusione, sull'idea che non mi sembra più il tempo di un uso alternativo del diritto, ma quello dello studio delle possibili alternative a *questo* diritto.

Bibliografia

- Bernardi, A., Cupelli, C., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Giuffrè, 2017.
- Carnelutti, F., "Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)", in *Riv. Dir. Proc.*, 1949.

12 F. Schauer, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* [2009], Carrocci, Roma, 2016, p. 78.

- Di Giovine, O., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006.
- Giunta, F., Carcaterra, G., Di Giovine, O., Mazzacuva, N., Velluzzi, V., “Tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza (opinioni a confronto)”, in *Criminalia*, 2010.
- Iacoviello, F., *La Cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, 2023.
- Marinucci, G., “L’analogia e la ‘punibilità svincolata dalla conformità a fattispecie penale’”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007.
- Schauer, F., *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carrocci, 2016.
- Viganò, F., Lemarque, E., “Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)”, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 31/03/2014.